

La regulación del administrador de hecho en Colombia y su influencia en la constitución de Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.)¹

Colombia's regulation on the Shadow director figure and it's impact on simplified corporations constitution

JUAN PABLO CALLE GALLEGOS²

RESUMEN

El administrador de hecho es un concepto que no se conoció en la legislación colombiana hasta antes del año 2008. Es una de las figuras novedosas y de exclusiva aplicación para la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.) que se creó con la ley 1258 de 2008. Al ser una figura que limita la libertad de actuación en la S.A.S. y que remite al régimen riguroso de deberes y responsabilidades de los administradores de la ley 222 de 1995, es posible que para algunos se torne como un peligro en el ejercicio de la actividad empresarial. El presente artículo estudia la figura desde la perspectiva de responsabilidad de los administradores de la ley 222. Adicionalmente, desarrolla todo su entorno estudiando cómo se ha definido y su regulación en el ordenamiento

- 1 Fecha de recepción: 28 de agosto de 2020. Fecha de aceptación: 9 de diciembre 2020
Para citar el artículo: Calle J. "La regulación del administrador de hecho en Colombia y su influencia en la constitución de Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.)". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 19, n.º 2, julio-diciembre 2020.
DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v19n2.02>
- 2 Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Candidato a especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia.. Contacto: jpablo9612@gmail.com

jurídico colombiano y el derecho comparado. Todo lo anterior con la finalidad de determinar la influencia del concepto de administrador de hecho en la S.A.S y como este requiere un mayor desarrollo para potenciar su aplicación.

Palabras clave: administrador de hecho, sociedad por acciones simplificada, derecho societario, sociedad, administradores sociales, responsabilidad de administradores.

ABSTRACT

The Shadow director is a notion that wasn't known in the colombian legal system until 2008. It's original and of exclusive application for the Simplified Corporation, brought with the law 1258 of 2008. This particular figure restricts the free will in the Simplified Corporation and refers to the strict rules regulated in the law 222 of 1995 about duties and liabilities of company directors, being this the reason why, when carrying out business activities, it may result for some as a danger. This paper studies the Shadow director notion from the perspective of directors liabilities of law 222. It also develops the setting of the Shadow director considering both, how it has been defined and it's regulation in the colombian legal system, along compared law perspective. All with the aim of understanding the influence of the figure in the Simplified Corporation and how it requires a deeper development in order to potentialize its use.

Key words: shadow director, simplified corporation, corporate law, company, company director, director liability.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Societario plantea la dicotomía constante entre la protección del patrimonio de sus socios o accionistas, así como el de sus acreedores, y la libertad de los empresarios de configurar sus negocios a través de la manifestación de la autonomía de la voluntad. Por ello, es común encontrar en la legislación colombiana normas altamente rigurosas y que abundan en formalismos, frente normas que manifiestan el interés del legislador en promover la libertad de los negocios y la creación de empresa.

En esa búsqueda de crear normas que se acompasen con las necesidades actuales de los empresarios y que les permitan ejercer sus actividades comerciales, aparece, quizás, la regulación más exitosa en materia de Derecho Societario en el ordenamiento jurídico colombiano: La ley 1258 de 2008. Luego de doce años desde su promulgación, la ley 1258 aún consagra aspectos de estudio y desarrollo, como es el caso de la figura del administrador de

hecho. Esta regulación cobra pleno interés en la medida que consagra esa dicotomía mencionada inicialmente, el administrador de hecho contemplado en las normas que tienen como bandera el desarrollo de la autonomía de la voluntad privada, frente al riguroso régimen desarrollado en la ley 222 de 1995 que regula la actividad de los administradores.

Como consecuencia de estas dos situaciones jurídicas es posible que surja un dilema para los empresarios que quieren dirigir sus negocios a través de un vehículo societario como la S.A.S., sin cargar con todos los deberes y prohibiciones que el régimen de administradores contempla. Al barajarse la posibilidad de ser responsable en el grado establecido para los administradores surge el cuestionamiento principal de esta investigación: ¿Cuál es la influencia de la regulación del administrador de hecho en la constitución de S.A.S.?

Para encontrar respuestas a la pregunta planteada se llevó a cabo un proceso de estudio documental. En primer lugar, se estudió el régimen de administradores consagrado en la ley 222 de 1995. Posteriormente, se revisó la figura del administrador de hecho desde su regulación normativa en el ordenamiento jurídico colombiano, así como las normas que aplican esta figura en el derecho español. Adicionalmente, se llevó a cabo un estudio jurisprudencial y de decisiones administrativas de la Superintendencia de Sociedades e igualmente se revisaron algunas decisiones proferidas por el Tribunal Supremo español. De igual manera, se tomaron algunos conceptos desarrollados por la doctrina nacional y comparada.

Comenzando el estudio y partiendo del régimen de administradores de la ley 222 con todos los deberes que establece para estos, la responsabilidad solidaria e ilimitada frente a los perjuicios que causen con ocasión de la infracción de sus deberes y las presunciones de responsabilidad en su contra, el panorama del administrador de hecho parecía desfavorable. Sin embargo, a medida que la investigación se sumerge en la figura del administrador de hecho se arrojan resultados muy distintos.

La figura del administrador de hecho en Colombia, como se evidencia en la investigación, ha sido desarrollada jurisprudencialmente. La ley consagra una definición desde una perspectiva funcional para la figura por lo que ha quedado en manos de la Superintendencia de Sociedades delimitar dichas funciones. El artículo 27 de la ley 1258 habla de actividades de "gestión, administración y dirección" para la aplicación de esta normativa, pero estos términos son tan amplios que han obligado a la Superintendencia referenciada a establecer algunas pautas de conducta que pueden dar lugar a ser objeto de esta situación.

Adicionalmente, aquel que sea declarado administrador de hecho deberá serlo a través de una decisión judicial o administrativa, lo cual implica una investigación o el desarrollo de un proceso, lo cual va a llevar un tiempo. No es menos, la situación en la que se encuentra aquel que solicita esta pretensión al tener la necesidad de probar los perjuicios causados la sociedad o a

sus accionistas como consecuencia de los deberes que quebrantó el presunto administrador de hecho, si es que los hubo.

Se concluye que esta figura tiene muy poca influencia en la constitución de una S.A.S., tanto así que suele constituirse en una simple cláusula copiada y pegada en los estatutos sociales desde la ley 1258. No solo porque pasados doce años de la promulgación de dicha ley solo se han presentado dos decisiones que declararon administradores de hecho, sino también porque para llegar a una posible condena son demasiados los filtros que hay que superar.

En primer lugar, porque hay que partir de una situación donde se ejecutó una mala gestión, pues esta figura carece en gran medida de sentido en gestiones exitosas. Adicionalmente, quien pretenda esta declaración debe pasar por probar la ejecución de esas actividades de gestión, administración o dirección, posteriormente es necesario probar la infracción a uno de los deberes de los administradores consagrados en la ley 222, para al final tener que probar que se causaron perjuicios para si o para la sociedad. Todo esto lo que causa es que, si bien en la práctica de administración de sociedades por parte de personas que no ostentan formalmente este cargo es común, las posibles sanciones no sean disuasorias y los beneficios que se reportan al constituir una S.A.S. son mayores a las desventajas planteadas en la administración de hecho.

La regulación del administrador de hecho ya ha sido estudiada en otras investigaciones, sin embargo, el estudio de esta figura de la mano con el régimen de administradores permite darle un enfoque novedoso. El hecho de que la S.A.S. sea el modelo actual más exitoso para la creación de sociedades hace necesario estudiar las figuras que regula y no dar por sentado lo que este cuerpo normativo consagra, estudios como este permiten avanzar en la búsqueda de mejorar sus normas para crear procesos económicos aún más exitosos en el futuro.

1. RÉGIMEN DE ADMINISTRADORES EN COLOMBIA

1.1. CONCEPTO DE ADMINISTRADOR

El régimen de administradores colombiano se encuentra contemplado en la ley 222 de 1995 en los artículos 22 a 25, dicha ley no define el concepto de Administrador para las sociedades mercantiles. La ley 222 se limita a llevar a cabo una enumeración de las personas que tienen la calidad de administradores, esta situación tiene un sentido ambivalente. En palabras de Reyes Villamizar, *"desde el punto de vista positivo, determina los únicos funcionarios a quienes se le aplica el estatuto de administradores y desde el punto de vista negativo se entiende que*

quienes no estén expresamente definidos como administradores, escapan al régimen de deberes y responsabilidades a que estos están sometidos”³.

El artículo 22 de la ley 222 estableció como administradores sociales al representante legal, liquidador, factor, miembros de juntas directivas y a quienes de acuerdo de los estatutos ejerzan dichas funciones, un último criterio que deja al arbitrio de las partes establecer cargos de administración. De lo anterior se evidencia el carácter formalista del régimen de administradores de la ley 222. Es necesario entonces la asignación formal de un cargo de administrador por parte del órgano social competente bajo alguna de las denominaciones establecidas artículo 22 o por otros cargos de administración que se establezcan en los estatutos sociales para ser objeto del régimen de administradores.

Para José Ignacio Narváez el administrador de una Sociedad se define como *“el encargado de ordenar, disponer y organizar los bienes de la persona jurídica, en este sentido, los administradores realizan la gestión de los negocios de la empresa y, por lo tanto, encarnan las facultades y obligaciones tendentes a la consecución de los fines sociales”*⁴. De la mano de esta definición y atendiendo a las amplias potestades que le concede la ley a los administradores sociales, nos enfrentamos a un riesgo potencial frente a los asociados y aún para los terceros. Como consecuencia de dicha situación la ley 222 busca enfrentar estas amplias facultades a través de un cuerpo normativo que consagra principios y reglas que delimitan la actuación de los administradores⁵.

Las facultades de los administradores no deben verse simplemente como un poder de actuación, deben entenderse a su vez como principios, deberes y obligaciones, que, de no ser cumplidos por quienes detentan estos cargos, van a derivar en sanciones.

1.2. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES

Como consecuencia de las amplias facultades que detentan los administradores sociales, la ley 222 consagra unos deberes para regular su actividad. La doctrina los ha clasificado en dos grandes grupos: deberes generales y específicos. Estos deberes se constituyen en obligaciones de medio, más que de resultado. Los deberes generales del ejercicio de las funciones de los administradores son tres. La buena fe, que para la Superintendencia de

3 FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *Derecho Societario* (Bogotá: Temis, 2017), 670.

4 JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA, *Derecho mercantil colombiano. Teoría general de las sociedades* (Bogotá: Legis Editores S.A., 2002), 245-250.

5 En palabras de Francisco Reyes Villamizar: *“En esta normativa se intentó, más bien, consagrar un verdadero estatuto de los administradores, estructurado en forma más o menos sistemática, que apunta hacia una mayor especialización de las atribuciones, responsabilidades y sanciones a que quedan sometidas las personas que pertenecen a esta categoría”*

Sociedades consiste en el sentido en que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad y de los negocios que ésta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande⁶.

El deber de lealtad el cual implica, simplemente, la necesidad de que el administrador actúe de la forma que consulte "los mejores intereses de la sociedad"⁷

Actuar con la diligencia y cuidado de un buen hombre de negocios. Es importante resaltar este concepto ya que la presente ley lo presenta como una graduación de conducta distinta a la del buen padre de familia establecida en el Código Civil. Para Reyes Villamizar "Se trata de un patrón de conducta más estricto, que trae consigo una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones"⁸. Para la Superintendencia de Sociedades⁹, la diligencia de un buen hombre de negocios se refiere a aquella que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos.

Frente a los deberes específicos la ley 222 consagra siete.

i) Desarrollar el objeto social

La Superintendencia de Sociedades ha dicho que para cumplir con este deber, *"los administradores deben procurar la realización de las actividades comprendidas en el objeto social de la compañía, llevando a cabo las gestiones apropiadas para la consecución de los resultados perseguidos con la constitución de la sociedad, teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones económicas y de mercado que la rodean"*¹⁰.

ii) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias

Es deber de los administradores sociales velar por el cumplimiento de la ley y los estatutos pues estos evidencian la voluntad de los socios y se constituyen en el soporte para regular su conducta y frente a la compañía. En este orden

6 Superintendencia de Sociedades. Circular externa del 25 de marzo de 2008. n.º 100-006.

7 FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *Derecho Societario* (Bogotá: Temis, 2017), 704.

8 Ibid.

9 En palabras de la misma entidad: *"La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas."* (Circular externa, 2008)

10 Op. Cit.

de ideas, los administradores deben estar siempre velando por el cumplimiento de las disposiciones de naturaleza laboral, fiscal, ambiental, comercial, contable, de protección al consumidor, de propiedad intelectual, de promoción y respeto de la competencia, entre otras, que regulan el funcionamiento de la sociedad y sus relaciones con los distintos interesados¹¹.

iii) Permitir la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal

Se le debe permitir al revisor fiscal contar con los recursos necesarios para cumplir adecuadamente con sus funciones. Así, los administradores estarán obligados a brindar a aquel toda la información contable, financiera, administrativa o de otra índole que él considere indispensable para el cumplimiento de sus atribuciones legales o estatutarias¹².

iv) Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad

Los administradores en el ejercicio de sus funciones cuentan con información que versa sobre procesos industriales y económicos de la compañía. Al ser documentos técnicos que tienen influencia en el desarrollo de la actividad industrial y comercial de la Sociedad, es información sometida a secreto empresarial, por lo que es deber los administradores sociales velar por que se mantenga en esa situación. De no ser así podría causar perjuicios a la compañía.

v) Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada

Por su cargo los administradores sociales pueden conocer de información privilegiada, es decir, que está sometida a secreto y que de disponer libremente de ella reportaría beneficio para si o para un tercero, o la afectación de la compañía.

La Superintendencia de Sociedades ha establecido algunos casos donde se configura el uso indebido de información privilegiada:

“Se considera que hay uso indebido de la información privilegiada cuando quien la posee y está en la obligación de mantenerla en reserva, incurra en cualquiera de las siguientes conductas, independientemente de que su actuación le reporte o no beneficios:

11 Ibid.

12 Op. Cit.

- a) Que suministre la información privilegiada a quienes no tienen derecho a acceder a ella.
- b) Que use la información privilegiada con el fin de obtener provecho propio o de terceros.
- c) Que oculte la información privilegiada maliciosamente en perjuicio de la sociedad o en beneficio propio o de terceros, lo cual supone usarla solo para sí y, por abstención, en perjuicio de la sociedad para estimular beneficio propio o de terceros.
- d) Igualmente, habrá uso indebido de la información privilegiada, cuando existiendo la obligación de darla a conocer no se haga pública y se la divulgue en un medio cerrado o no se le divulgue de manera alguna"¹³.

vi) Dar un trato equitativo a todos los socios y reconocimiento a sus derechos

Los administradores tienen que velar por el reconocimiento de los derechos de todos los socios o accionistas de la compañía. Este deber es importante porque los administradores son elegidos por una mayoría establecida en los estatutos. A pesar de ello deben permanecer imparciales respetando en igual medida los derechos de mayoritarios y minoritarios.

El numeral también hace referencia al derecho de inspección. Los administradores deben permitir a todos los accionistas ejercer el derecho de inspección de los libros y papeles de la sociedad en la oportunidad que la ley o los estatutos establezcan para ello. El ejercicio de dicha inspección se debe permitir de igual manera a todos los socios suministrándoles todos los documentos que para ellos soliciten, con excepción de los documentos sometidos a secreto.

vii) Abstenerse de realizar actividades que impliquen competencia o conflicto de intereses

Este último deber contempla dos hipótesis. La primera se refiere a actividades del administrador que impliquen competencia con la sociedad. El segundo caso se refiere a situaciones que generen conflicto de interés con la sociedad. En uno y otro caso la actividad la puede ejercer el administrador por sí mismo o por interpuesta persona¹⁴.

La Superintendencia de Sociedades ha definido los dos conceptos a los que hace referencia el presente deber. Entiende actos de competencia como *"aque- llos que implican una concurrencia entre el ente societario y el administrador, o un tercero*

13 Superintendencia de Sociedades. Circular externa del 25 de marzo de 2008. n.º 100-006.

14 Al respecto la Superintendencia de Sociedades ha dicho, *"La participación en actos de competencia o de conflicto de intereses por parte de los administradores puede ser directa, cuando el administrador personalmente realiza los actos de competencia; o, indirecta, cuando el administrador a través de un tercero desarrolla la actividad de competencia, sin que sea evidente o notoria su presencia."* (Oficio, 2018)

en favor del cual este tenga la vocación de actuar, toda vez que cada uno de ellos persigue la obtención de un mismo resultado, tal como ocurre cuando varios pretenden la adquisición de unos productos o servicios, el posicionamiento en un mercado al que ellos concurren"¹⁵.

A su vez define el conflicto de intereses como, la situación en la que no es posible la satisfacción simultánea de los intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero¹⁶.

A su vez, José María Garrido define conflictos de intereses como "aquellos que se presentan "cuando un sujeto representa los intereses de dos sujetos distintos, de modo que no puede defender los intereses de uno de ellos sin perjudicar los intereses del otro"¹⁷.

Bajo ese mismo criterio, el Black's Law Dictionary define conflicto de intereses como una real o aparente incompatibilidad entre los intereses privados de una persona y los deberes públicos o fiduciarios de esta misma, a la vez que define el término self-dealing como la participación en una transacción que beneficia a quien la realiza y no a la persona con la que se tiene un deber fiduciario¹⁸.

1.3. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

En su calidad de administradores quienes detentan este cargo son objeto de una responsabilidad especial. La responsabilidad de los administradores se encontraba anteriormente regulada en el artículo 200 del Código de Comercio. El mismo se vio modificado por el artículo 24 de la ley 222 de 1995 el cual establece que:

"ARTÍCULO 200. <RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES>. <Artículo subrogado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

15 Superintendencia de Sociedades. Concepto del 17 de octubre de 2008. n.º 220-105966

16 Superintendencia de Sociedades. Oficio del 20 de abril de 20. n.º 220-055984

17 GARRIDO, J. M., "reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores en el derecho de sociedades", Revista de la Superintendencia de Sociedades, superintendencia de Sociedades n.º 10, 2015, 7-21.

18 GAVIRIA, JUAN. 2017. Una Crítica Al Régimen Sobre Conflictos De Intereses En El Derecho Societario Colombiano. Revista De Derecho Privado, n.º 32 (julio), 317-50

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos." Citar ley.

El primer inciso del artículo 24 establece la responsabilidad solidaria e ilimitada a los administradores de los perjuicios que por dolo o culpa ocasiones a la sociedad, a los socios o a terceros. El afectado tendrá que demostrar que hubo culpabilidad, daño y nexo de causalidad en la actuación del administrador y con ellos se impondrá la sanción referenciada. Se entiende que la responsabilidad imputable a los administradores puede ser de naturaleza contractual o extracontractual.

El segundo inciso consagra un elemento importante el cual hace referencia a situaciones en las cuales el administrador podrá exonerarse de responsabilidad. Se presenta cuando el administrador no hubiere tenido conocimiento de la acción u omisión, o cuando votó en contra de la determinación. En la última hipótesis es necesario resaltar que para que se configure la exoneración, el administrador no puede ejecutar la determinación¹⁹.

Los incisos tercero y cuarto son quizás los que le dan el carácter más riguroso al régimen de administradores colombiano. Dichos incisos consagran dos situaciones en las que se presumirá la culpa de los administradores. Por un lado, se ha referencia al incumplimiento o extralimitación de las funciones, violación de la ley o de los estatutos. El siguiente inciso hace referencia a la presunción de culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades sin que esas estén justificadas por balances reales y fidedignos. En ambos casos el administrador es quien cuenta con la carga desacreditar su culpa, el demandante basta con que pruebe el hecho que viola la ley y el nexo causal. Frente a la distribución de utilidades se establece una carga adicional, esto es, el administrador no solo responderá

19 La Superintendencia de Sociedades ha indicado que, "Cuando la ley advierte que no serán responsables los administradores que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión, o aquellos que hayan votado en contra de la decisión que imponga una u otra, en el entendido de que no la ejecuten, está estimulando a los miembros de las juntas directivas y a todos los administradores en general, a que asuman y expresen individualmente su criterio sobre los asuntos en los que deben participar, dejando en las actas o en los documentos relacionados con su gestión, la evidencia sobre sus opiniones y sobre el sentido y razón de su voto o decisión." (Circular externa, 1997).

solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados, sino también por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso.

El inciso quinto establece una posibilidad que ya se había establecido en la doctrina, pero que no tenía consagración legal y es la posibilidad de personas jurídicas administren sociedades. En oficio 220-25081 del 9 de septiembre de 1992 la Superintendencia de Sociedades expresó, "[...] *La representación legal bien puede recaer tanto en una persona natural como en una persona jurídica, pues no existe en la legislación mercantil norma alguna que prohíba lo anterior, ni tampoco que exija que dicha función la deba cumplir una determinada calidad de persona*"²⁰. Por lo demás, establece el artículo que cuando se presente esta situación, la responsabilidad será extensiva al representante legal de la Sociedad que funge como administradora.

El último inciso consagra la prohibición de cláusulas que exoneren de responsabilidad a los administradores. Establece que se van a tener por no escritas no solo las cláusulas que exoneren de responsabilidad, sino también aquellas que la limiten a una determinada caución.

La Superintendencia de Sociedades menciona algunas hipótesis en las que se puede presentar la responsabilidad de los administradores,

- 1) Los administradores que realicen actos dispositivos sin que la sociedad haya hecho el registro en la cámara de comercio de la escritura de constitución o, si hay aporte de inmuebles, el correspondiente en la oficina de registro de instrumentos públicos, responderán solidariamente ante los asociados y terceros de las operaciones que celebren o ejecuten por cuenta de la sociedad (C. Co., art. 116).
- 2) En caso de nulidad por objeto o causa ilícitos, los asociados y quienes actúen como administradores responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo externo y por los perjuicios causados. Además, quedarán inhabilitados para ejercer el comercio por el término de diez años (C. Co., art. 105).

Entre otros que se encuentran en la regulación Mercantil.

1.4. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

De la mano con la responsabilidad del administrador, la ley 222 consagra las vías procesales para el saneamiento de los perjuicios de aquellos que se vieron afectador por el actual de los administradores.

En primer lugar, de la lectura de los artículos estudiados y desarrollados en el apartado del régimen de administradores, se desprende la acción individual. Dicha acción la detenta el socio o accionista perjudicado y debe contar con una legitimación para actuar. La legitimación para actuar se comprende

20 Superintendencia de Sociedades. Oficio del 9 de septiembre de 1992. n.º 220-25081

del perjuicio causado al actor, la violación del deber de conducta por parte del administrador y el nexo causal entre estos dos conceptos. Aquí lo que se busca es la reintegración del patrimonio personal.

Por otro lado, y expresamente establecida en el artículo 25 de la ley 222 se encuentra la acción social de responsabilidad. Esta acción pretende reintegrar el patrimonio de la sociedad que se vio afectado por la acción u omisión del administrador. Reyes Villamizar establece las características esenciales de esta acción:

- i) *“Corresponde a la Sociedad, esta es la legitimada.*
- ii) *Requiere determinación del máximo órgano social adoptada con el voto favorable de la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representada en la reunión, no se excluye el voto de los administradores.*
- iii) *Puede adoptarse en cualquier reunión, ordinaria, extraordinaria o especial, aunque no conste en el orden del día.*
- iv) *A falta de convocatoria por parte de las personas facultadas en general para ese efecto, el llamamiento a la reunión lo pueden realizar directamente uno o varios socios, siempre que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social.*
- v) *La decisión adoptada por la asamblea o junta de socios implica automáticamente la remoción del administrador.*
- vi) *Si adoptada la determinación no se presenta la demanda dentro de los tres meses siguientes, la acción podrá ejercerla cualquier administrador, el revisor fiscal o cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso, también los acreedores pueden ejercer la acción, siempre que las deudas que representen equivalgan por lo menos al cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad y el patrimonio de la compañía no sea suficiente para satisfacer sus créditos.*
- vii) *La acción social de responsabilidad no les impide a los socios o acreedores que la presenten, el ejercicio de acciones individuales”²¹.*

El artículo 235 de la ley 222 establece un término único de prescripción de 5 años de estas acciones

1.5. PROHIBICIONES DE LOS ADMINISTRADORES

Los administradores sociales no solo cuentan con deberes, su actividad también se encuentra permeada por prohibiciones para ejecutar distintas

21 FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *Derecho Societario* (Bogotá: Temis, 2017), 729.

actividades en el desarrollo de las actividades de la sociedad. En la misma ley 222, el artículo 70 establece la prohibición a los administradores que a la vez son accionistas de celebrar acuerdos con otros accionistas comprometiéndose a votar en igual o determinado sentido en las asambleas.

No solo la ley 222, el Código de Comercio también contempla algunas prohibiciones. El artículo 404 que establece limitaciones relativas a la negociación de acciones. El artículo 185 en cual se consagra una prohibición a los administradores sociales de votar en las deliberaciones correspondientes a la aprobación de balances y cuentas de fin de ejercicio, además de representar acciones distintas a las propias. También el artículo 202 establece una limitación de ser designado en cargos directivos de forma simultánea, hasta en cinco juntas. Finalmente, el artículo 435 establece la prohibición de formar en las juntas directivas mayorías con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia.

No se debe perder de vista que estas precisiones se hacen frente a la ley 222 y las sociedades tradicionales del Código de Comercio, por lo que para la S.A.S. dichas limitaciones como lo son los artículos 185, 202, 404 y 435, desaparecen. Nada obsta para que los accionistas decidan darle aplicación a través de sus estatutos.

Después de todo el análisis del régimen de administradores en Colombia es clara la rigurosidad de este. No solo no establece una definición clara de quién es administrador, sino que también consagra una cantidad de deberes y sanciones muy graves por el incumplimiento de estos. No se puede desconocer que, a pesar de tener puntos muy importantes, hoy se comienza a tornar obsoleto en otros matices. Ya se han hecho aproximaciones a una reforma societaria que tocaría el régimen de administradores como los proyectos de ley 70 de 2015 y 231 de 2017.

En lo tocante al régimen de administradores, lo que se busca es acompañarlo con las situaciones actuales. Buscar definiciones precisas y no tan ambiguas del concepto de administradores y sus deberes. Establecer cierta libertad adicional a los administradores que les permita correr más riesgos necesarios en las actividades mercantiles y que les permitan tomar decisiones comerciales con una mayor libertad. Finalmente revisar las acciones de responsabilidad en búsqueda de unas sanciones actuales y reales, esto es, no solo estableciendo las sanciones derivadas de la responsabilidad de los administradores, sino también delimitando las sanciones en materia de forma. ¿Desde cuándo se es administrador? ¿Hasta cuándo se cuenta con esa calidad? ¿Las sanciones rigen solo para hechos pasados concretos? ¿Se requiere de declaración del juez para dejar de ser administrador? Entre muchos otros cuestionamientos que se generan al respecto.

Entrados en contexto frente al régimen de administradores, es pertinente pasara a revisar la figura del administrador de hecho.

2. EL ADMINISTRADOR DE HECHO

2.1 CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN DE HECHO

El concepto de administración de hecho aparece por primera vez en la ley 1258 de 2008. Se encuentra regulado en el parágrafo del artículo 27 de la precitada ley. En resumidas cuentas, lo que se busca con dicho parágrafo es hacer extensiva la responsabilidad de los administradores a sujetos que no son nombrados formalmente en un cargo de administración, pero cumplen con ciertas condiciones.

La norma establece,

"ARTÍCULO 27. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.

PARÁGRAFO. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores". Negrillas fuera del texto.

Esta norma trae consigo dos elementos fundamentales. El primero, una remisión expresa al régimen de administradores de la ley 222 de 1995 –lo cual explica la importancia del tema desarrollado en el primer punto de esta investigación– relativa a la aplicación de las reglas de administración a la S.A.S. En segundo lugar, se refiere al administrador de hecho. Es una regulación amplia que recoge otros términos específicos que se pueden encontrar en otros ordenamientos jurídicos. Esto es, términos como el *shadow director*, administrador de *facto*, o el administrador irregular. En Inglaterra se han manejado estos términos: de *facto* directors, quienes actúan como administradores a pesar de que no han sido nombrados en el cargo; y [los] *shadow directors*, quienes ejercen indirectamente el control sobre la compañía al emitir instrucciones a los de *jure* directors"²². El administrador irregular se ha desarrollado en España, haciendo alusión a aquel administrador social cuyo título adolece del algún vicio²³.

22 COLIN R. MOORE, "Obligations in the shade: The application of fiduciary directors duties to shadow directors". *Legal Studies* n.º 44 (2016): 327.

23 "Otro aspecto para destacar se traduce en cómo dentro de otro sistema jurídico continental como el español

Como se puede observar en el artículo 27 hay un cambio sustancial frente a la ley 222. Ya no nos enfrentamos a un ámbito de aplicación de normas dependiendo de un nombramiento formal, sino en atención a las funciones que lleve a cabo un sujeto, sea persona natural o jurídica.

La jurisprudencia española también ha definido el concepto del administrador de hecho como,

"[...] Aquellas personas quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición.

Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general"²⁴.

Bien importante es la aclaración que hace aquí la jurisprudencia española frente al ejercicio de las funciones de administrador. En principio es claro que se refiere al ejercicio de funciones de administración, igual que en la legislación colombiana. Agrega, sin embargo, dos elementos interesantes que más adelante se establecerá si los comparte o no con la jurisprudencia nacional. Es lo relativo al ejercicio de esas funciones de administrador. El ejercicio debe ser de manera autónoma y continuada. Autónoma en el sentido de que no habrá administración de hecho cuando se lleven a cabo actividades de gestión sin ser formalmente administrador, pero en ejercicio de las ordenes derivadas de un mandato legal. Continuada porque no basta con una gestión aislada para configurar la administración de hecho, esta actividad continuada es lo que en verdad se constituye en un indicio para establecer que quien las ejerce, las ejerce con ánimo de administrar.

A su vez la Audiencia Provisional de la Rioja²⁵ ha definido al administrador de hecho como, *"la persona que desempeña de manera efectiva control de hecho de la gestión social, ya sea ejerciendo sobre los administradores formales una influencia decisiva,*

la figura del administrador de hecho brotó atendiendo el caso específico del administrador decaído, todo ello hasta considerarlo como aquel sujeto que en la realidad del tráfico desempeña sin título, con título nulo o extinguido, las funciones ejercidas por los administradores formalmente designados" (Pino Solano, Armero Osorio, & Cubillos Garzón, 2010)

24 Superintendencia de Sociedades. Sentencia del 26 de marzo de 2019.

25 Audiencia Provisional de la Rioja. Sentencia del 5 de abril de 2011. n.º AC 2011/240

bien llegando a sustituirles, o actuando de manera oculta, o exponiéndose ante terceros con la apariencia jurídica de un administrador forma”.

La doctrina también ha aportado visiones de la definición del concepto de administrador de hecho donde se pueden diferenciar dos vertientes. Por una parte, Arroyo Martínez²⁶ (citado en Hernández Martínez, 2012, 156) explica que la expresión administrador de hecho es aglutinadora de muy diversas situaciones heterogéneas que tienen en común el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador por quien carece de la condición legal de administrador. En oposición, García de Enterría²⁷ (citado en Hernández Martínez, 2012, 157) ha definido, desde un criterio mercantil estricto, que los administradores de hecho son aquellos que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, como podría ser quien ostente un nombramiento defectuoso, no aceptado o no inscrito o caducado” (Hernández Martínez, 2012).

Adicionalmente, Hernández Martínez²⁸ establece que, *“la visión del administrador de hecho incorporada en la Ley 1258 de 2008 es de carácter amplio, esto es, que no se debe interpretar como la simple delimitación negativa del administrador de derecho, sino que recoge las diferentes tendencias doctrinales y jurisprudenciales en torno a un concepto genérico de responsabilidad societaria, esto es, que se tendrá como administrador de hecho a todo aquel que de facto ejerce las funciones o realiza los actos propios del desempeño de dicho cargo sin tener formalizado su nombramiento conforme a las disposiciones legales”*.

Se puede concluir que el administrador de hecho es aquella persona natural o jurídica que, por fuera del ámbito de sus potestades legítimas, se inmiscuye dentro de los asuntos sociales y se comporta como un verdadero gestor de la sociedad. A partir de esta definición es que aparece, quizás, el punto más complejo de la administración de hecho. Determinar cuáles son esas verdaderas actividades de gestión, administración y dirección de la sociedad.

2.2. GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE LA SOCIEDAD

El artículo 27 de manera genérica establece los términos de actividades positivas de gestión, administración o dirección de la sociedad como configurativos de la administración de hecho. Hay que resaltar que estos conceptos se encuentran seguidos de la disyunción “o”, de lo cual se colige que no es necesario de la existencia de todos para que opere la figura. La ley simplemente se

26 IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ., “Artículo 133”, en Arroyo-Embido. (coord.), Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Madrid, 2001, p. 1415

27 JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios: un enfoque mercantil, Civitas Ediciones (1996), p. 46.

28 WILLIAM DAVID HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada. Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 14(2012) 149-196.

limita a mencionarlos, la misión de determinar en qué consisten y cuándo se llevan a cabo estas actividades recae en manos del operador jurídico.

La Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado al respecto estableciendo que estas actividades se evidencian en una influencia determinante sobre al administrador formal para la toma de decisiones. Además, destaca que debe tratarse de una actividad "positiva", por ello al administrador de hecho no se le hacen extensivas automáticamente todas las funciones y deberes de los administradores²⁹.

No solo basta con lo anterior, la actividad de gestión, administración o dirección debe ser autónoma, es decir, no estar sujetas a las ordenes o directrices derivadas de un mandato formulado por un órgano social.

La doctrina colombiana también ha formulado algunas directrices relativas a las actividades de gestión, administración o dirección. Al respecto Reyes Villamizar ha dicho que,

*"No toda actividad desplegada por terceros no administradores puede dar lugar a la declaratoria de administrador de hecho [...]. Debe tratarse, por tanto, de actos que han de trascender esas funciones legítimas para asumir un carácter de verdadera intromisión en los asuntos de la sociedad. El 'control de los hilos' de la administración, que se cumple tras bambalinas, pero que implica una pérdida en la autonomía de gestión de los representantes legales y miembros de junta directiva es la conducta que puede configurar al administrador de hecho"*³⁰.

Desde el derecho español se han desarrollado elementos caracterizadores de esta situación, que van de la mano con los elementos desarrollado en Colombia, pero agregan algo adicional: "i) una efectiva intervención en la dirección,

29 La Superintendencia de Sociedades ha dicho que, "[...] La actividad puede consistir en una influencia determinante sobre las actuaciones u omisiones del administrador formal, o en el ejercicio directo de actuaciones relativas al cargo pese a la existencia de un administrador formal o ante su ausencia permanente. Ahora bien, en la medida en que debe tratarse de una actividad "positiva", el análisis debe concentrarse, para cada caso, en el acto o actos efectivamente realizados por el sujeto y en los efectos que, por acción u omisión, pueden derivarse de esa actuación concreta respecto de la sociedad, los asociados o terceros. Así, por ejemplo, aunque en el caso analizado por esta Superintendencia en sede administrativa se concluyó la calidad de administrador de hecho de una persona a quien se le sancionó por incurrir en la celebración de operaciones en conflicto de interés, no por ello podría hacérsele exigible el cumplimiento genérico de otras funciones inherentes al cargo de administrador. En el marco de las actuaciones reprochadas a este sujeto, entonces, no podría hacérsele también responsable por no convocar a las reuniones ordinarias del máximo órgano social, por abstenerse de preparar los estados financieros de fin de ejercicio o por no adelantar actuaciones orientadas a explotar el objeto social, entre otras —tales funciones corresponden, genéricamente, al administrador formal, cuya responsabilidad no se excluye por el hecho de que exista un administrador de hecho—. En cambio, por tratarse de una omisión relativa a la actuación reprochada al sujeto sancionado por esta Superintendencia, sí se cuestionó el hecho de que las operaciones viciadas por conflicto de interés no hubieran sido puestas en consideración del máximo órgano social a efectos de ser autorizadas." (Sentencia, 2019)

30 FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *La Sociedad por Acciones Simplificada* (Bogotá: Legis, 2018), 178-179.

administración y gestión de la sociedad, ii) que dicha actividad directiva y de gestión se ejerza con total independencia o autonomía de decisión, y iii) que el desempeño de las funciones propias del cargo de administrador lo sea de un modo permanente o constante"³¹. Se adiciona un ámbito de temporalidad, esto es, las funciones de administración, gestión o dirección deben realizarse de manera permanente o constante.

Como se evidencia en estos conceptos, sería muy complejo establecer unos criterios específicos para saber cuándo nos enfrentamos a un administrador de hecho. Las actividades de gestión, administración y dirección tienen su desarrollo, en gran medida, en actividades económicas, por lo que dependerá de analizar detalladamente por parte del operador jurídico cada caso concreto atendiendo a las operaciones desarrolladas por la sociedad.

Sin embargo, la Superintendencia de Sociedades ha desarrollado algunos criterios de valoración judicial, tales como: *"(i) dirigir las actuaciones de los demás administradores, (ii) obligar a la compañía a asumir obligaciones cuantiosas, (iii) ser reconocido explícitamente por la sociedad como administrador, (iv) presentarse ante terceros como director y (v) adoptar decisiones trascendentales para el funcionamiento de la compañía. Cuando confluyan algunas de estas situaciones, existirán fuertes indicios de que una persona ha ejercido, de facto, funciones inherentes al cargo de administrador"*³². Estos se constituyen en indicios que permiten dar pistas sobre si la actuación de un sujeto en una compañía constituye una administración de hecho.

Es muy posible también que la administración de hecho se presente en situaciones de grupos empresariales, por lo que no se debe asimilar el desarrollo de actividades de gestión, administración y dirección a una sola sociedad, al respecto Parias Garzón ha dicho que, *"es común que los administradores de la matriz desplieguen acciones de dirección sobre las sociedades subordinadas, tales como impartir órdenes a los empleados de las mismas, disponer de sus activos, representarlas ante terceros, entre otras. Estas situaciones pueden dar lugar a que los administradores de la matriz, o la matriz misma, sean calificados como administradores de hecho de la subordinada, haciéndolos sujetos de los deberes y las responsabilidades de tal condición"*³³.

Revisado lo anterior se puede comprender que la administración de hecho en Colombia ha tenido su mayor desarrollo a través de la jurisprudencia. Esta jurisprudencia ha establecido dos características esenciales de la administración de hecho. La primera, que deben realizarse actividades de gestión, administración o dirección de la sociedad. La segunda, que dichas actividades deben realizarse de manera autónoma. No se menciona, como se hace en España, por ejemplo, lo relativo a la necesidad de que se haga de manera continuada. En el ordenamiento jurídico colombiano este supuesto,

31 Audiencia provincial de A Coruña. Sentencia del 3 de julio de 2011. n.º 312/2011.

32 Superintendencia de Sociedades. Sentencia del 26 de marzo de 2019. n.º

33 ANDRÉS ALFONSO PARIAS GARZÓN, Aspectos relevantes de la SAS en los grupos empresariales. En FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, La SAS y su influencia en América Latina, 10 años de un modelo exitoso (2018, Bogotá, Legis) 239.

más que una característica esencial de la administración de hecho puede constituirse en un indicio relevante para el operador jurídico a la hora de dirimir un conflicto de esta especie.

2.3. ALGUNOS CASOS RELEVANTES

La Superintendencia de Sociedades ha resuelto algunos casos relativos a la declaración de administrador de hecho. Hasta el año 2019 figuran dos casos en los cuales se ha concluido que una persona ha ejercido esas funciones de gestión, administración o dirección de la sociedad sin ser administrador de derecho. De esos casos, uno ha sido tramitado por la vía jurisdiccional, el otro fue objeto de un pronunciamiento administrativo.

De los casos más relevantes es el resuelto por la Superintendencia de Sociedades en el año 2019 que enfrentaba a Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez. En el presente caso, la Superintendencia reconoce que María Carolina Martínez Flórez fungió como administradora de Rafel Martínez S.A.S. porque,

*"Ante la muerte del representante legal principal, y la falta de un suplente, la señora Martínez Flórez ha realizado, de facto, actuaciones positivas de administración y gestión propias de un administrador social. En verdad, sin revestir la condición de administradora formal de Rafael Martínez S.A.S., ni reportar ninguna otra calidad distinta a la de accionista de la compañía (vid. Folio 26), la señora Martínez Flórez asumió el principal negocio de explotación de la sociedad, vale decir, el arrendamiento de sus apartamentos. Dicha actividad, por supuesto, se encuentra prevista dentro del objeto social, de acuerdo con la información consignada en el registro mercantil. La demandada, igualmente, reconoció realizar actuaciones orientadas a la conservación de los bienes sociales, y ha estado al frente de trámites relacionados con el pago de impuestos y servicios públicos"*³⁴.

A su vez, concluye la entidad que hubo una infracción al deber de lealtad por parte de la administradora al utilizar recursos de manera indebida. Para el presente caso, más allá de la declaratoria como administrador de hecho de la demandada, no hubo condena en perjuicios debido a que el demandante no pudo probar un detrimento patrimonial que fuera imputable en forma directa a las actuaciones positivas de gestión y administración de la demandada.

El otro caso relevante para el análisis es el resuelto por la Superintendencia de Sociedades a través de la vía administrativa en el año 2015. Este fue el primer caso en el que se reconoció la existencia de un administrador de hecho. En la situación referenciada la entidad impuso una sanción pecuniaria al administrador de hecho de una sociedad por incurrir en conflicto de interés,

34 Superintendencia de Sociedades. Sentencia del 26 de marzo de 2019. n.º

al inmiscuirse en gestiones administrativas para la celebración de convenios educativos entre la Corporación de Desarrollo Educativo y Social Cordes S.A.S. y la Universidad Incca de Colombia.

Según la Superintendencia,

"Los actos encargados al señor Conti Fajardo en el acuerdo privado en su esencia constituyen auténticos actos de administración y aunque el recurrente sostiene no ser administrador actúa como verdadero gestor social. Así las cosas, el acuerdo privado pone de presente que dicha persona podía ejercer de forma independiente, sin subordinación al administrador formal (pues como ya se señaló la representante legal era mandataria del señor Iván Conti), un poder de dirección y gestión de la sociedad que normalmente le corresponde a un administrador, con consentimiento expreso de la representante legal de la sociedad y sus accionistas. Antes de ser un administrador aparente [era] un verdadero administrador oculto pues podía inmiscuirse en las gestiones propias de los administradores con independencia de las relaciones con terceros. Entonces este administrador de hecho u oculto coexiste con el administrador de derecho en la sociedad"³⁵.

También es útil revisar algún caso de la jurisprudencia española para ilustrar la teoría aplicada concretamente. En sentencia del 28 de septiembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Valencia³⁶ se estudió la responsabilidad como administrador de un apoderado del representante legal de una sociedad. En este sentido, determinó que el apoderado era efectivamente el encargado de gestionar y tomar decisiones sobre la vida económica de la sociedad, no solamente como apoderado.

"En este caso, la Audiencia Provincial soportó su decisión en tres elementos: i) los administradores formalmente nombrados de la sociedad eran hijos del apoderado, ii) el apoderado negociaba y contrataba en nombre de la sociedad sin siquiera informar los términos de los contratos con los administradores formales y iii) las amplísimas facultades que le fueron concedidas al apoderado. la responsabilidad como administrador de un apoderado del representante legal de una sociedad"³⁷.

Estos casos sirven para para referenciar algunos elementos relevantes. Por un lado, desde el año 2008 hasta el año 2020 solo se han presentado dos casos en los cuales se haya declarado la existencia de un Administrador de hecho, lo cual lleva a cuestionarse frente a las razones iniciales que llevaron a la

35 Superintendencia de Sociedades. Resolución del 22 de octubre de 2015. n.º 301-003622

36 Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia del 28 de septiembre de 1999. n.º AC 1999/2523.

37 WILLIAM DAVID HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada. *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 14(2012) 149-196.

creación de la figura. Por otro lado, evidencia que la carga de la prueba para quien busca que se declare administrador de hecho a otra persona, es alta. La prueba de que una persona lleva a cabo actividades de gestión, administración y dirección refleja complejidad, pues, es de la naturaleza de la figura llevar a cabo estas actividades de manera oculta. Posteriormente es necesario probar que hubo una infracción a uno de los deberes de los administradores. Finalmente está la carga adicional de probar los perjuicios, toda vez que, de no haber perjuicios, aunque la ley no lo mencione, parecería poco práctico buscar la declaratoria de administrador de hecho en una sociedad.

Luego de observar la realidad a través de las decisiones tomadas por el órgano jurisdiccional o la entidad en sede administrativa, como los únicos facultados para declarar esta situación, se puede pasar a analizar cuál es la verdadera influencia que tiene el administrador de hecho al momento de ser considerado como un elemento relevante para crear una S.A.S.

3. INFLUENCIA DE LA REGULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE HECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE S.A.S.

3.1. LÍMITES A LA ADMINISTRACIÓN DE HECHO

Si bien la administración de hecho cuenta con una teoría desarrollada en gran medida por la Superintendencia de Sociedades, hay elementos que generan cuestionamientos frente a la figura. En primer lugar, surge la cuestión del límite temporal de la administración de hecho. ¿Desde cuándo y hasta cuándo se es administrador de hecho? En principio es aparentemente claro la respuesta al desde cuándo, pues se será administrador de hecho una vez declarado por el juez en sede judicial o administrativa, no es tan clara la respuesta relativa a hasta cuándo se será administrador de hecho.

Una regla general del derecho es aquella que establece que en el derecho las cosas se deshacen como se hacen, quiere decir esto, que, así como el administrador de hecho lo declara un tercero, de la misma manera debería declararse la desaparición de esta situación, sin embargo, en este caso se pensaría que es distinto.

Como ya se ha visto durante el desarrollo de este texto, la finalidad principal de la administración de hecho es revestir formalmente del carácter de administrador a aquel que ejerce la función sin contar con un título que lo reconozca como administrador social.

El artículo 27 de la ley 1258 de 2008 establece, y se cita para efectos de claridad:

“ARTÍCULO 27. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto

al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.

PARÁGRAFO. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores."

En este orden de ideas, una vez se es declarado administrador de hecho, se torna aplicable el régimen sancionatorio y de responsabilidades de los administradores consagrado en la ley 222, pero ¿Qué sucede con lo no regulado? En esta situación el artículo 45 de ley 1258 establece,

"ARTÍCULO 45. REMISIÓN. En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes.

PARÁGRAFO. Los instrumentos de protección previstos en la Ley 986 de 2005, se aplicarán igualmente a favor del titular de una sociedad por acciones simplificada compuesta por una sola persona."

Por lo anterior el nuevo administrador formal estará regido, en principio, por lo que digan los estatutos sociales y la ley 222 de 1995 en materia de deberes y sanciones. Pero, en virtud de esta remisión, el administrador estaría también regido de demás normas que regulan las actividades de los administradores sociales.

Siendo así, en caso de que los estatutos sociales no digan otra cosa, el administrador formal podrá dejar de hacer parte de su cargo sea por remoción del órgano social competente, sea por renuncia del mismo administrador a su cargo. Por lo tanto, una vez el administrador de hecho sea declarado administrador formal, podría renunciar libremente a su cargo en cualquier momento.

Lo que se quiere evidenciar con esto es que la figura del administrador de hecho mira más al pasado que al futuro. Cobra relevancia cuando hay perjuicios a la sociedad o a sus accionistas, por lo que un administrador de hecho que le genere beneficios a la sociedad pareciera, en principio, que no tiene nada sobre qué preocuparse respecto a su posición, pues lo importante es la sanción por los perjuicios y no buscar la formalidad del que actúa por fuera de esta.

Surge además un segundo cuestionamiento, la sentencia que declara a un administrador de hecho ¿Debe ser registrada en la Cámara de Comercio para que tenga efectos frente a terceros? o ¿Basta con la sentencia para que tenga

plenos efectos? En el orden de ideas de que se es objeto de todas las normas de un administrador formal, dicho nombramiento deberá ser registrado para efectos de publicidad y que sea oponible a terceros.

Otro interrogante que surge es que una vez se tenga sentencia o pronunciamiento administrativo relativo a la declaración de administrador de hecho ¿Qué pasa con las decisiones tomadas por el administrador en ejercicio de su calidad, durante la firmeza del pronunciamiento que lo constituye en su cargo?. La cuestión va dirigida a el caso en que luego de un nombramiento, la decisión sea impugnada y revocada en sede posterior. Las normas no establecen nada al respecto, por lo que dichas decisiones podrían adolecer vicios y ser objeto de impugnación por los accionistas. Esto dejaría a un administrador formal que no solo puede que cuente con una relación tensa con los accionistas debido a sus actuaciones como director oculto, sino que también sus decisiones podrían correr un riesgo contante de no tener plena validez.

Se entiende que los límites de esta figura no son del todo claros. La dependencia de una decisión en sede jurisdiccional o administrativa por parte de la Superintendencia hace que el nombramiento de un administrador pierda la facilidad que implica un procedimiento dirigido por la propia compañía.

Además, se hace hincapié en la naturaleza de la figura y su finalidad. Aunque en efecto, a partir del desarrollo que ha dado la Superintendencia, busca revestir de formalidad a una persona que carece de ella, la verdadera finalidad de estas normas es sanear perjuicios causados a la sociedad o a uno de sus socios, situación que es entendible pues estas normas se pueden constituir en una protección adicional a los socios minoritarios que se deben atener a las decisiones administrativas de otra persona. Sin embargo, ante todas las situaciones que deben ser probadas para conseguir una condena real, quizás este modo de desarrollo lleva a la inoperancia de la figura.

3.2. INFLUENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE HECHO EN LA S.A.S.

De la lectura del artículo 27 de la ley 1258 y seguidamente el artículo 24 de la ley 222 que consagran la responsabilidad solidaria, ilimitada y una presunción de culpa, suena a una situación bastante riesgosa. Ser administrador en Colombia no es algo que revista sencillez, más aún con todos los deberes, que, aparte de ambiguos, son bastante extensos. Adicional a esa carga, encontrarse con una responsabilidad tan elevada lleva a cualquiera que tenga la aspiración o la oferta de ser administrador en una Sociedad comercial colombiana a poner en la balanza estas situaciones y tomar una decisión bastante trascendental.

La figura del administrador de hecho surgió con la finalidad de evitar esta práctica que ha sido ampliamente reiterada, esto se entiende al revisar pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedad y doctrinantes como

Francisco Reyes Villamizar el cual frente a la finalidad de la consagración del administrador de hecho dijo que,

"(...) debido a la circunstancia frecuente en la que individuos ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de 'no administradores', pueden controlar la administración de la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarle perjuicios a la sociedad, los asociados y terceros. A pesar de que el ejercicio de una administración 'a la sombra' constituye una práctica relativamente frecuente en las sociedades cerradas, la legislación colombiana era silenciosa sobre las consecuencias, muchas veces nocivas, de esta clase de interferencia en la gestión de la empresa social"³⁸.

En ese mismo sentido, Gil Echeverry citando a la Superintendencia de Sociedades estableció que *"En Colombia es frecuente que en los grupos empresariales de familia, el cabeza de grupo y generalmente fundado, haya delegado la administración y representación de la sociedad en sus herederos o funcionarios de confianza y, más sin embargo, a través de protocolos de familia, por razones de continuar siendo socio mayoritario, directamente o por intermedio de su familia, o simplemente por el control de la mayoría de votos, a la "sombra", continua dirigiendo la suerte de las empresas, dando instrucciones y órdenes a sus administradores de derecho"*³⁹.

Se entiende pues que la administración de sociedades por fuera de la formalidad requerida era un evento relativamente frecuente en el ordenamiento jurídico colombiano. Por lo tanto, es comprensible que se promoviera la consagración de esta figura a través de la ley 1258, más aún en una figura societaria como la S.A.S. que, ante tantas libertades, necesitaba ciertos límites.

Sin embargo, considera el autor que esta figura perdió su verdadero foco y finalidad. La verdad es que, con el paso del tiempo y la misma consagración de la figura desde sus inicios, no se planteó para revestir de formalidad a un administrador con miras hacia el futuro. Por el contrario, lo que hace es dar una mirada al pasado, a hechos previos, y condenarlo para esos eventos, dejándolo en plena libertad de disponer de su cargo a este administrador hacia el futuro. Para el legislador y la Superintendencia de Sociedades lo más importante es sanear perjuicios generados de manera previa a la sociedad o sus accionistas.

La administración de hecho, como una verdadera sanción, depende, casi que exclusivamente, de que se genere un perjuicio, sea para la sociedad, sea para un accionista. Por ello, aquel que actúa a todas luces como un administrador de hecho, pero que obtiene resultados positivos para la sociedad y sus accionistas, no tendría razón alguna para preocuparse de que se le constituya

38 FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada. *Revista Panóptica*, Vol. 18(2010) 208-239.

39 JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY, La Especial Responsabilidad del Administrador (Bogotá: Legis, 2015).

como administrador formal de la sociedad. Es por esto por lo que aquella persona que ha ejercido esta actividad en el tiempo y es conocedor de como ejecuta sus actividades y capacidades, al momento de pensar en constituir una S.A.S. va a poner en la balanza los beneficios que trae este nuevo vehículo societario frente a ser declarado administrador eventualmente y tener una sanción, con lo cual esta última situación va a tener una influencia casi que nula.

No solo el tema de los perjuicios casi que inherentes a la operación de la figura, sino también todo el trámite necesario para su declaración. Después de todo el análisis de la figura se puede concluir que, para lograr una sanción efectiva a un administrador de hecho, se deben acreditar tres elementos: i) que la persona ejerció actividades positivas de gestión, administración o dirección de la sociedad, ii) que la persona violó un deber de los administradores de los consagrados en el artículo 222 de 1995 y, iii) que el accionista causó un perjuicio a la sociedad o sus accionistas. De no encontrarse estos tres elementos, la sentencia o la resolución declarativa del administrador de hecho quedará simplemente para enmarcar y la verdad es que no causará efecto disuasorio alguno a quien fue objeto de la medida.

La verdad es que todo este trámite suena bastante desgastante y más allá de un perjuicio mayor que se cause y que se refleje esté por fuera de la llamada *business judgement rule*⁴⁰, no justificaría pasar por todas estas diligencias y aquella herramienta adicional para la protección de accionistas minoritarios como la denomina la Superintendencia no tiene mayor peso.

Al momento de constituir una S.A.S. la administración de hecho tiene una influencia irrelevante, claro que existirá el caso de aquellos grandes empresarios que administran una cantidad de negocios enorme y lo hacen sin ser formalmente administradores, sin embargo, esta sería la excepción. Las personas que quieren hacer parte de una S.A.S. al momento de leer sus estatutos, quizás pasen casi que por alto esta situación y eso que es muy posible que no conozcan a fondo la figura en cuyo caso quizás le atribuirían aún menor relevancia. De aquí se desprende algo curioso y es que la figura es de aplicación exclusiva a la S.A.S., cuando los argumentos para su creación se fundamentaban en prácticas previas a su existencia, quiere esto decir, que es muy posible que una gran cantidad de personas que ejerzan actividades de administración de hecho, las lleven a cabo a través de otros vehículos societarios, constituyendo esto en otra razón de la poca operancia de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano.

40 La Superintendencia de Sociedades se ha referido a este concepto en el sentido que, "[...] por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones." (Sentencia, 2017)

La regulación del administrador de hecho tiene una excelente finalidad, sin embargo, es una figura que debería mirar más hacia el futuro para imponer sanciones realmente disuasorias. No quiere decir esto que se deseche la consagración actual de la figura, para nada, es fundamental la forma en que está regulada, en la medida que establece un límite objetivo para la aplicación de esta. Pero ¿Por qué no ampliarla? ¿Por qué no pensar en la economía del tiempo? Podría pensarse en cláusulas estatutarias que permitan declarar a un administrador de hecho, no teniendo que acudir a un juez, sino a través de la asamblea general de accionistas, eso sí, con votos plurales, mayorías especialísimas, decisiones fundamentadas excluyendo el voto del accionista o el tercero en cuestión, y claramente permitiendo el ejercicio de todos los medios de impugnación para las decisiones sociales.

También sería interesante pensar en la declaración del administrador de hecho no solo para sanear perjuicios, sino para revestirle de verdad de formalidad a aquel que la carece. Pensar en permitir fijar en el cargo al administrador por un tiempo prudente, eso sí, acompasado con la libertad que tienen las personas de renunciar o no a un cargo. Esto en la búsqueda de que el administrador comience a cargar y cumplir con todos esos deberes y responsabilidades que consagra la ley 222. Otra posibilidad, de la mano de esa declaración vía asamblea, sería pactar en los estatutos sanciones pecuniarias, aprobadas también con mayorías especiales y que estén plenamente fundamentadas para imponer a aquel que ha actuado sin la calidad de administrador.

La administración de hecho es una figura muy interesante que a pesar de existir hace ya más de diez años tiene mucha tela por cortar y que de ser estudiada y desarrollada más profundamente podría tomar una mayor relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano.

4. CONCLUSIONES

La administración de hecho cobra relevancia debido a la aplicación del régimen de administradores de la ley 222 de 1995. Es un gran contraste entre la flexibilidad que propone la S.A.S. y la rigurosidad propia de este régimen normativo de los administradores. Dichas normas, a pesar de ser una regulación muy acertada, luego de 25 años de existencia se tornan demasiado rigurosas, ambiguas y en ciertos puntos ineficaces para cubrir las necesidades empresariales que se generan el día de hoy, es por ello que es prudente pensar en una modificación o reforma de este cuerpo normativo.

La figura estudiada es común en el ordenamiento jurídico colombiano, como en otras legislaciones del mundo. A pesar del contraste que se presenta entre el número de casos procesados y resueltos por la Superintendencia de Sociedades, la figura es relativamente común. El criterio de decisiones de la Superintendencia no puede ser el principal puesto que no se es posible realmente saber cuántos procesos estén en camino sobre este tema. Además,

la administración de hecho en una gran cantidad de situaciones suele ser exitosa y generar beneficios para la compañía y sus accionistas, razón por la cual muchos casos no suelen alcanzar instancias que necesiten resolución de un conflicto por parte de un tercero.

La norma que consagra la administración de hecho tiene una finalidad clara y es imponer una sanción a una persona que actuó como administrador sin contar con las formalidades requeridas. Esto se manifiesta a través de la aplicación del régimen de los administrados en cuanto sus responsabilidades y sanciones en aquella situación que causó un perjuicio a la sociedad o a uno de sus accionistas. Por otro lado, la Superintendencia de Sociedades trata de darle otro tipo de alcance. No solo el de condenar un perjuicio generado en un acto pasado, sino también revestir de formalidad a aquel administrador de hecho, sin embargo, se sigue quedando con el objetivo inicial y no logra de verdad generar estas formalidades de cara al futuro de este administrador. En este orden de ideas se ha concluido que al día de hoy la administración de hecho no es una figura que no detenta alguna función disuasoria al momento de la constitución de una S.A.S.

El estudio de esta figura refleja la necesidad de acompañarla con la autonomía de la voluntad que es carta de presentación de la S.A.S. Si de verdad se quiere imponer una sanción con esta figura hay que añadirle una nueva perspectiva, partir de lo que ya está bien, pero mejorarlo. Buscar la forma de ahorrar tiempo y evitar desgaste de un tercero como la Superintendencia de Sociedades y permitir que las mismas compañías gestionen este asunto. Buscar más que generar miedo en una disposición normativa de responsabilidad solidaria e ilimitada, pero que se queda en una sanción que casi nunca se da, la manera de generar una sanción real que de verdad disuada a hacer uso de esta figura.

Este estudio no aboga por crear una sanción más rigurosa, por el contrario, se considera que en algunos casos la actuación de accionistas o terceros como administradores de hecho genera grandes beneficios a las compañías y que de tener que actuar como administradores formales no sucederían. Sin embargo, si se aboga por que las normas que se consagran tengan una finalidad real y en cierta medida proteger a aquellos administradores que si cargan con todo el peso de la norma y que deberían encontrarse en iguales condiciones de aquellos que llevan a cabo sus mismas funciones, pero se encuentran protegidos por un velo de informalidad.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO, "Artículo 133", en Arroyo-Embido. (coord.), Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Madrid, 2001, p. 1415.

- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Circular externa del 18 de julio de 1997. n.º 9.
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Circular externa del 25 de marzo de 2008. n.º 100-006.
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Concepto del 17 de octubre de 2008. n.º 220-105996.
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Oficio del 9 de septiembre de 1992. n.º 220-25081.
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Oficio del 20 de abril de 2018. n.º 220-055984.
- Gil Echeverry, Jorge Hernán. La especial responsabilidad del administrador. Bogotá: Legis, 2015.
- García de Enterría, Javier. Los delitos societarios: un enfoque mercantil. Madrid: Civitas Ediciones, 2009.
- Gil Echeverry, Jorge Hernán. La especial responsabilidad del administrador. Bogotá: Legis, 2015.
- Gaviria, Juan Antonio. 2017. Una Crítica Al Régimen Sobre Conflictos De Intereses En El Derecho Societario Colombiano. *Revista De Derecho Privado*, n.º 32 (julio), 317-50.
- Garrido, José María, "reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores en el derecho de sociedades", *Revista de la Superintendencia de Sociedades*, superintendencia de Sociedades n.º 10, 2015, 7-21.
- Hernandez Martínez, William David. Los supuestos de aplicación el administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada. *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 14(2012): 149-196.
- Moore, Collin R. Obligations in the shade: the application of fiduciary directors duties to shadow directors. *Legal Studies*(2016): 326-353.
- Narváz García, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano Teoría general de las sociedades. Bogotá: Legis, 2002.
- Parías Garzón, Andrés Alfonso. Aspectos relevantes de la SAS en los grupos empresariales. En Francisco Reyes Villamizar, *La SAS y su influencia en América Latina*, 10 años de un modelo exitoso. Bogotá: Legis, 2018, 239.

Pino Sonalo, María, Victor Armero Osorio, y Camilo Cubillos Garzón. El Administrador De Hecho –SAS– Frente Al Director Oculto. *Revista E-Mercatoria* 9 (2010): 150-178. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2011>.

Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario*. Bogotá: Temis, 2017.

Reyes Villamizar, Francisco. *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis, 2018.

Reyes Villamizar, Francisco. Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada. *Revista Panóptica*, Vol. 18(2010): 208-239.

Jurisprudencia

Colombia. Superintendencia de Sociedades. Sentencia del 2 de mayo de 2017. n.º 800-35.

Colombia. Superintendencia de Sociedades. Sentencia del 26 de marzo de 2019.

España. Audiencia Provincial de A Coruña. Sentencia del 6 de julio de 2011. n.º 312/2011.

España. Audiencia Provincial de La Rioja. Sentencia del 5 de enero de 2011. n.º AC 2011/240.

España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia del 27 de septiembre de 1999. n.º AC 1999/2523.

Decisiones administrativas

Colombia. Superintendencia de Sociedades. Resolución del 22 de octubre de 2015. n.º 301-003622.

Normatividad

Colombia. Congreso de la República. Decreto ley 410 (29 de marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1258 (5 de diciembre, 2008). Por medio del cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

Colombia. Congreso de la República. Ley 222 (20 de diciembre, 1995), Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones